

第二章：建築師契約之法律性質

第一節：承攬與委任之基本分野

本文即在探討建築師從事建築物設計與監造工作之實質內涵，自應先就承攬契約與委任契約在現行法上之異同予以說明、比較如下：

第一項：承攬契約之特徵

學說上認為承攬契約在性質上具有有名契約、雙務契約、有償契約、不要式契約、不要物契約及勞務契約等契約性質⁶。在外觀上，承攬契約具有以下幾點特徵，據以分辨即能判斷是否屬承攬契約：

第一款：「完成一定之工作」

民法第 490 條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」所以，承攬係以承攬人為定作人完成一定之工作為契約標的，所謂完成一定之工作係指施以勞務造成一定之結果。承攬雖屬勞務契約，但承攬契約的目的並不在於勞務之提供，而在於因勞務之提供而完成一定之工作，著重之點在於「工作的完成」。所以，若契約之目的著重在勞務之給付而不在一定工作之完成者，則不為承攬契約。也因為承攬著重於工作之完成，故承攬人如何實現工作完成即非重要，承攬人可自主決定完成工作之方法、時程、步驟或將工作之全部或一部另委他人完成，皆無限制。

所謂完成之一定工作者，得為有形體的或無形體的，但必須具有「完成結果」的特性，換言之，承攬之義務為「結果義務」。有形體的承攬主要是有體客體的製作或變更，例如興建或修繕房屋、燙頭髮、西裝製作等，無形體的承攬則有無體之精神創作，但藉由有體物予以形體化者，例如電腦程式設計，藝術創作或鑑定報告；工作也有可能僅係勞務之提供，但仍具有完成結果之特性，例如提供法律意見⁷或口譯。

第二款：承攬人負有先給付義務

⁶ 林誠二，民法債篇各論（中），頁 53-55，瑞興圖書，民 91，初版。史尚寬，債法各論，頁 303，自刊，民 49，初版。劉春堂，民法債篇各論（中），頁 24，三民書局，民 93，初版。

⁷ 最高法院 87 年台上字第 2964 號判決參照。

因承攬契約著重在工作的完成，故承攬人不為工作之完成，亦即未能發生預期之結果者，不得請求報酬，換言之，承攬契約是承攬人有先給付義務的雙務契約。此處所謂先給付義務，究指「完成工作」亦或「交付」？學說上有二見解，學者楊芳賢認為承攬人的先給付義務係指「工作之完成」，而非交付，交付與報酬仍應同時履行⁸；學者林誠二則認為，承攬工作有須交付者，有不須交付者，須交付之承攬契約，承攬人對於交付工作物有先給付義務，不得主張同時履行抗辯而拒絕交付完成物⁹。實務上參考最高法院 50 年台上字第 2705 號判例：「承攬人完成之工作，依工作之性質，有須交付者，有不須交付者，大凡工作之為有形的結果者，原則上承攬人於完成工作後，更須將完成物交付定作人，且承攬人此項交付完成物之義務，與定作人給付報酬之義務，並非當然同時履行，承攬人非得於定作人未為給付報酬前，遽行拒絕交付完成物。」故依實務見解，先給付義務應包含「交付」義務在內。

承攬之工作有須交付者，有不須交付者，不須交付之承攬例如燙髮、口譯；須交付之承攬工作又可分為動產及不動產兩類，關於不動產承攬工作物之交付，在一般承攬，由定作人原始取得，承攬人無移轉權利義務可言。在承攬人提供材料之不規則承攬，通說係認由承攬人取得所有權，邱聰智則認為仍應由定作人原始取得，與一般承攬無異¹⁰；動產之交付依民法第 761 條規定有一般交付、簡易交付、占有改定、指示交付四種類型，原則上動產的承攬工作之交付於上列四種交付方式皆有適用。

第三款：定作人得請求修補瑕疵

工作瑕疵在法律上可分為權利瑕疵和物之瑕疵。關於承攬的權利瑕疵擔保，於承攬一節並無規定，依民法第 347 條規定應準用買賣（即民法第 349、351、353 條）的規定；關於物的瑕疵擔保，承攬設有特別規定（民法第 492~501 條），應優先適用，其未規定者始能準用買賣之規定¹¹。依民法第 492 條規定「承攬人完成工作，應使其具備約定之品質，及無減少或滅失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵。」本條承攬人所負擔的瑕疵

⁸ 楊芳賢，民法債篇各論（上），黃立主編，元照出版社，民 91，初版，頁 580。

⁹ 林誠二，民法債篇各論（中），瑞興圖書，民 91，初版，頁 79。

¹⁰ 邱聰智，新訂債法各論（中），元照出版有限公司，民 91 年 10 月，初版，頁 57。

¹¹ 鄭玉波，民法債編各論（上），三民書局，民 75 年 10 月 11 版，頁 365。

擔保責任在實務上¹²和通說上皆認為是無過失責任，不以承攬人有過失為必要。但如果因為承攬人之過失致工作物有瑕疵，則同時構成不完全給付¹³，定作人可類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償損害，並有民法第 264 條規定之適用¹⁴。

因此，相對於承攬人負有完成之工作的瑕疵擔保責任，定作人對於瑕疵之工作依民法第 493~495 條規定則有瑕疵修補請求權、契約解除權、減少報酬請求權等權利；因承攬人的工作瑕疵造成定作人受有損害，定作人有損害賠償請求權。

第四款：有償性

承攬契約雖屬勞務契約，但兼有財產契約之性質¹⁵，故報酬是承攬人工作之對價，只有完成工作而無報酬者，非屬承攬，而為無償委任¹⁶。承攬契約雖以有償為必要，但因承攬以完成一定工作為要件，故承攬人對於工作雖施以勞務，而未能完成工作，則不得請求報酬，學說上稱之為「後付主義」。而工作有否完成？端視是否具備契約約定的品質或發生預期的結果而定。

承攬報酬的形式，學說上認為因法無明文，故得以金錢以及物之給付、使用或勞務供給作為報酬¹⁷，但也有學者認為承攬報酬應以金錢之給付為限，其他以物之給付、使用或勞務供給作為報酬，宜認為係混合契約¹⁸。這個問題在實務上也有爭議，例如土地所有人提供土地供他人建築房屋，房屋完成後由土地所有人原始取得建築物之所有權，再由土地所有人將部份的土地與建築物過戶給房屋建造者作為報酬之契約，一般俗稱為「合建契

¹²最高法院 87 年度台上字第 172 號判決：「承攬人依民法第四百九十二條所負之瑕疵擔保責任係無過失責任，不以有歸責於承攬人之事由為必要。」

¹³最高法院 77 年度台上字第 2399 號判決：「承攬人完成之工作不合規格，亦屬不完全給付之一種，而承攬人之工作瑕疵擔保責任與不完全給付，原則上得為併存，因此承攬人完成之工作如有瑕疵，定作人除得請求承攬人負瑕疵擔保責任外，並得以不完全給付為理由，依債務不履行原則，請求承攬人損害賠償。」

¹⁴最高法院 89 年度台上字第 412 號判決：「此項承攬人之瑕疵擔保責任係無過失責任，固不以承攬人具有過失為必要；惟若交付之工作物，有可歸責於承攬人之事由致生之瑕疵，則亦發生不完全給付之債務不履行問題。」

¹⁵鄭玉波，前揭書，頁 364。

¹⁶劉春堂，前揭書，頁 22。

¹⁷鄭玉波，前揭書，頁 342。

¹⁸楊芳賢，前揭書，頁 576。

約」。司法院第一廳研究意見認為該契約應屬承攬與買賣之混合契約¹⁹；但最高法院 89 年台上字第 1650 號判決則認為：「按土地所有人提供其土地由他人建築房屋，雙方按土地價款與房屋建築費用之比例，以分配房地之約定，係屬何種性質之契約，應依具體情事決定之，如建築之房屋由建築人原始的取得所有權，於建造完成後，將部分移轉於土地所有人，土地所有人則將部分土地移轉於房屋建築人，以互相交換，固難謂非互易，但若建築之房屋，建築人自己不取得所有權，由土地所有人原始的取得所有權，於建造完成後，將部分房地移轉於房屋建築人，以作為完成房屋之報酬，則應屬承攬。」

一般建築工程承攬契約的履約期限都很長，履約金額也很高，故多數契約的酬金給付方式，通常約定為承攬人完成部分之工作，定作人給付完成部分之酬金，故定作人給付部份酬金時，承攬人僅完成部分工作，並非全部工作完成，且部分完成之工作也無法交付定作人，與民法第 490 條規定，承攬人須完成工作並交付工作物方有酬金請求權之承攬契約性質不盡相同，則定作人於工程進行中給付之酬金的性質為何？值得討論。本文認為，因為承攬人並未交付工作物，工程仍在進行中，不管已完成或未完成的部分，實際上都在承攬人的管領支配中，工作的危險仍由承攬人負擔，且該部分完成之工作對於定作人而言，並不當然有價值，所以，定作人於工程進行中給付之酬金不應是完成部分工作的對價，而應是「墊款」、「預付款」或「融資」之性質，建築工程仍應於完成並交付定作人時，承攬人始有酬金請求權。此一見解，與預售屋契約中，買受人預付房屋之分期款的性質類似。在實務上，該酬金之法律性質也有爭議，最高法院 83 年台上字第 2324 號判決認為：「如約定分期支付工程款者，其給付即非屬預付款性質」；台灣高等法院台中分院 88 年重上字第 119 號判決則認為：「按工程估驗款，係指按工程完成之數量、進度付款之方式…。究其目的，無非係對於承包商財務之融資」，相關仲裁判斷也有認為：「在公共工程的承攬契約，通常依據工作進度估驗付款，不過此一給付，應該是墊款性質」²⁰。

第五款：次承攬之權利與義務

¹⁹ 民事法律問題研究彙編，第二輯，頁 83。

²⁰ 台灣高等法院台中分院 92 年重上字第 79 號判決參照。

所謂次承攬（sub-contractor）又稱再承攬，係指承攬人復使他人承攬其工作之全部或一部之謂。因為承攬契約著重在發生預期的結果，履約過程中提供勞務僅係手段，故除契約另有約定者外，承攬人有自行選擇完成工作之方法的權利²¹，亦得將承攬契約中的勞務或材料、一部或全部委由第三人次承攬，除契約或其他法律²²另有規定外，無須定作人同意。最高法院 65 年台上字第 1974 號判例亦同此見解：「承攬除當事人間有特約外，非必須承攬人自服其勞務，其使用他人，完成工作，亦無不可。」

次承攬契約與原承攬契約係分別獨立之契約，基於債的相對性原則，其一契約不能或無效，並不影響另一契約的效力²³，同理，次承攬人亦不得向定作人主張民法第 513 條的法定抵押權，除法律另有規定外²⁴，亦無報酬請求權。但就定作人而言，次承攬人係承攬人的履行輔助人，故依民法第 224 條規定，承攬人就次承攬人的故意或過失行為負同一責任。但是承攬人與次承攬間之契約，並非具保護第三人及定作人作用之契約，亦非連帶債務人，但若有可歸責於次承攬人之事由，致主承攬人對定作人負擔違約金者，次承攬人應對主承攬人負損害賠償責任。

第二項：委任契約之特徵

委任契約之性質為典型勞務契約²⁵，依民法第 529 條規定「關於勞務給付之契約，不屬法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。」故在勞務契約的概念中，非屬其他法定類型之勞務契約者，概屬委任契約。委任可為無償片務契約或有償雙務契約²⁶或無償之不完全雙務契約²⁷，委任

²¹ 楊芳賢，前揭書，頁 581。

²² 此點是承攬之一般特徵，但法律有特別規定者，應從其規定。例如：營造業管理規則第二十二條規定：「營造業所承攬之工程，其主要部分應自行負責施工，不得轉包，但專業工程部分得分包有關之專業廠商承辦，並在施工前將分包合約副本送請起造人備查。」工程承攬人應從特別法之規定。另，政府採購法第 65 條也有類似規定。

²³ 林誠二，前揭書，頁 57。

²⁴ 參考政府採購法第 67 條第二項規定：「分包契約報備於採購機關，並經得標廠商就分包部分設定權利質權予分包廠商者，民法第五百十三條之抵押權及第八百十六條因添附而生之請求權，及於得標廠商對於機關之價金或報酬請求權。前項情形，分包廠商就其分包部分，與得標廠商連帶負瑕疵擔保責任。」

²⁵ 高等法院 87 年抗字第 3085 號判決參照。

²⁶ 劉春堂認為，處理委任事務之債務與給付報酬之債務，具有對價關係（前揭書，頁 141）；但史尚寬認為，費用支付之義務與事務處理之義務，非立於對價關係，縱令負擔費用支付之義務，委任不因而成有償之雙務契約（前揭書，頁 363）。

為諾成契約且原則上為不要式契約²⁸。委任契約之定義依民法第 528 條規定為「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」故委任契約在性質上，具有下列特徵：

第一款：「處理一定之事務」

所謂處理事務，凡適於債之客體之一切事項均可屬之，處理事務得為法律行為（如代為銷售）或事實行為（如代為停車），但違法行為（如代購贓車）或違反公序良俗（如代為結婚），以及單純之不作為者，則不得為委任之標的。

受任人所受委託處理者，必須是委任人自己或第三人的事務，或委任人與受任人共同之事務，若受任人受託處理自己的事務者，並非委任²⁹，而是不生債務之忠告³⁰。受任人所代為處理的事務種類，在我國民法，除不背於公序良俗及禁止規定外，並無限制，法律行為或單純的事實行為，皆無不可。但在日本民法，委任僅以法律行為為限。

第二款：具有相當信任關係

民法第 537 條立法理由謂「僅按委任之關係，基於信任而來」，即委任因當事人間之信用關係而成立，委任人信任受任人，委託其為事務處理³¹。故信任關係是委任契約最重要的基礎，民法委任一節的其他條文規定，也都與此信任關係息息相關。也因此信任關係，受任人有相當程度可以自己的意見為事務之處分管理，換言之，委任之目的雖由委任人決定，然受任人為達其目的，對於處理事務的方法有相當自主權和裁量空間³²。但受任人的裁量權也不是毫無限制，首先，受任人得裁量的範圍僅限於委託事務的範圍，依民法第 532 條規定「受任人之權限，依委任契約之訂定，未訂定者，依其委任事務之性質定之。委任人得指定一項或數項事務而為特別委

²⁷ 在無償委任，委任人依民法第 545 條規定有預付處理事務必要費用之義務，或依第 546 條有費用償還之義務，此等給付義務與受任人之處理事務義務並不居於給付與對待給付之關係，而為不完全雙務契約。

²⁸ 史尚寬，前揭書，頁 362。

²⁹ 最高法院 85 年台上字第 2383 號判決參照。

³⁰ 史尚寬，前揭書，頁 361。

³¹ 史尚寬，前揭書，頁 360。

³² 最高法院 83 年台上字第 1018 號判決：「受任人給付勞務，僅為手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。」

任，或就一切事務而為概括委任。」可知，受任人在未受委託的事務範圍並無裁量權，若行使裁量權，是為越權裁量，除應適用無因管理的相關規定外，若因越權裁量而造成委任人損害，依民法第 532 條規定，受任人尚負有損害賠償責任。其次，依民法第 535 條規定「受任人處理委任事務，應依委任人之指示。」故委任人已有指示之事項，受任人也沒有裁量權。民法第 536 條另規定「受任人非有急迫之情事，並可推定委任人若之有此情事亦允許變更其指示者，不得變更委任人之指示。」故受任人之裁量權必須受限於委任人明示或推定而知之指示。

第三款：復委任的權利義務

因為委任當事人間信任關係，所以民法第 537 條規定『受任人應自己處理委任事務，但經委任人之同意或另有習慣，或有不得已之事由者，得使第三人代為處理。』故受任人原則上應自己處理事務，以無負於委任人之信任，在但書規定情形，受任人得使第三人代為處理事務，學說上稱之為「復委任」。復委任雖有民法第 537 條規定，但當事人間非不得為另外約定，將復委任直接約定為受任人之義務，例如台中市政府工程委託規劃設計監造契約書（範本）第 14 條規定：「廠商應指派具有監工經驗之專門技術人員至少__名以上常駐工地確實負責監造，該監工人員簡歷表應報機關備查後始辦理上項工作。」且監工人員之學經歷也有資格限制。

復委任是委任之例外情形，但實際上有其存在之必要，蓋有時因特殊情形，受任人既不能自己處理事務，如不能使第三人處理，反使事務停頓，致難貫徹委任之初意，自不若轉使第三人代為處理，較易進行無阻也³³，學理上稱為「合法復委任」。受任人對於復受任人之行為在不同情形負有不同責任，若受任人未依民法第 537 條規定經委任人同意，亦無習慣可以依據，且非有不得已之事由者，此時復受任人之行為依民法第 538 條第 1 項規定，應視為受任人自己之行為，如有損害自應由受任人負其責任；反之，若受任人使第三人處理委任事務，係已得委任人同意，或有習慣可以依據，或有不得已之事由者，依民法第 538 條第 2 項規定，受任人僅就第三人之選任及其對第三人所為之指示負責。如前述契約書範本第 14 條規定，監造人派任之監工人員須有相當學經歷限制，其專業能力須經機關之認可後方得

³³ 民法第 537 條立法理由參照。

處理監造事務，則受任人僅就監工人員之選任及對其之指示負責，惟本條規定為推定過失責任，受任人須就其選任及指示之無過失行為，負舉證責任。

雖然復受任人與委任人之間並無契約關係，但為保護委任人權利，以及為使委任事務之處理迅速確實，民法第 539 條規定：「受任人使第三人代為處理委任事務者，委任人對於該第三人關於委任事務之履行，有直接請求權。」該請求權係以法律強行定超越契約關係之請求權，其範圍包含所有受任人之契約義務，而且本條規定對於不合法之復委任同樣適用。但復受任人與委任人之間並無契約關係，已如前述，故復受任人對於委任人並無民法第 545 條預付處理委任事務之必要費用請求權及民法第 548 條之報酬請求權。

「復委任」在學說上也稱之為「複委任」，然複委任係指委任人就同一事務重複委任數人之意，而復委任則是指受任人將其受委任事務再委任第三人處理之意。就民法第 537 條的文義解釋，應以「復委任」稱之較為正確。我國學者史尚寬³⁴、李淑明³⁵採用「複委任」一詞；劉春堂、鄭玉波³⁶、林誠二³⁷、邱聰智³⁸則使用「復委任」，本文咸認應以「復委任」為恰當³⁹。

第四款：報告義務的執行時程

報告義務是委任契約特有之義務，蓋因受任人為委任人處理事務，自然就有報告處理狀況之義務，民法第 540 條規定「受任人應將委任事務之進行狀況，報告委任人，委任關係終止時，應明確報告其顛末。」，故委任契約之報告義務有二，一是受任人在處理事務進行中有向委任人隨時報告處理狀況之義務，報告時期於法律並無規定，一般認為應在適當時期，但委任人有要求，或處理事務進行中情事變更或有危險之虞時，應即時報告；處理事務終止時，受任人在相當期間有明確報告始末之義務，若有延遲，應負給付遲延之責任。

³⁴ 史尚寬，前揭書，頁 371。

³⁵ 李淑明，債法各論，元照出版社，2006 年 8 月，二版第 1 刷，頁 152。

³⁶ 鄭玉波，前揭書，頁 434。

³⁷ 林誠二，民法債編各論（中），瑞興圖股份有限公司，2002 年 3 月 2 版，頁 234。

³⁸ 邱聰智，新訂債法各論（中），元照出版社，2002 年 10 月，初版第 2 刷，頁 227。

³⁹ 除復委任與複委任之外，亦有學者稱之為「替代人」。楊佳元，民法債篇各論（下），黃立 主編，頁 80 參照，元照出版社，2004 年 9 月，初版第 2 刷。

第五款：注意義務的分類與責任

委任有「無償委任」與「有償委任」之區別，但在經濟互動頻繁的現代社會，有償委任方為常態，不容忽視。民法第 535 條規定「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意。其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」因此在無償委任，受任人負有具體輕過失責任；在有償委任，則負有善良管理人的注意義務及抽象輕過失責任。受任人之處理事務義務及報告義務，有給付不能、給付遲延或不完全給付情形，負有債務不履行之損害賠償責任。

第六款：委任關係之消滅與延長

委任除因契約之一般原因，例如因委任事務處理完畢、委任事務之履行不能、終期之屆至、解除條件之成就等事由而終了外，委任一節另規定「當事人之隨意終止」及「委任當事人之死亡破產或喪失行為能力」等法定委任契約消滅與延長事由。雖然在一般委任監造實務上並不常見，但事關當事人權利甚鉅，仍有其重要性，茲分述如下。

民法第 549 條規定委任契約的「任意終止權」是委任契約相對於其他典型契約的最大特色，以監造為例，蓋委任監造契約最重要的基礎在於委任人對於受任建築師專業能力及執行任務的信任，在契約存續期間，若委任人已不再信任建築師，實難想像如何放心將監造事務交由建築師處理；反之，若監造建築師無法得到委任人相當的信任，則建築師執行監造職務，行使裁量權也必將處處受到制肘，故民法第 549 條第 1 項規定「當事人之任何一方得隨時終止委任契約」，委任人得隨時將受任人解任，或受任人亦得隨時辭去任務，不問其委任定有期限與否，或受任人既以著手事務之處理與否，無論其委任為無償或為有償，雙方均得隨時主張終止契約⁴⁰。不需任何理由也無須對造當事人同意。

委任契約雖可隨意終止，但於處理事務進行中，當事人一方之隨意解除可能因此造成他方當事人之損害，故民法第 549 條第 2 項另規定「當事人之一方，於不利於他方之時期終止契約者，應負損害賠償責任。」所謂不利於他方之時期，就委任人而言，如施工進行中，監造建築師突然中止

⁴⁰ 史尚寬，前揭書，頁 385。

契約，委任人不及另覓監造人，工程因而停工，致使委任人受有損害，則受任建築師應負損害賠償責任。本條所稱的損害賠償，係指不於此終止，他方即可不受該項損害而言，非指當事人間約定之報酬⁴¹，依此，若在工程進行中，委任人終止監造委任契約，監造建築師非但不得拒絕，也不得請求未完成工作部份的報酬，另依民法第 541 條第 2 項規定，監造建築師尚有移轉系爭工程之監造權於委任人指定之第三人的義務。

另依民法第 550 條規定：「因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質，不能消滅者不在此限。」本條規定係委任關係消滅之法定事由，當事人一有死亡、破產或喪失行為能力等三種法定情形發生，除有但書規定之情形外，委任監造關係即時消滅。

在受任監造建築師死亡、破產或喪失行為能力的情形，監造建築師為自然人，當監造建築師於執行監造職務過程中死亡，其與委任人間之委任監造關係即時消滅，並無繼承問題，因為委任關係之存在係基於人格信任關係⁴²，監造建築師死亡，監造關係即時消滅，自不待言。有爭議的是，依民法第 551 條規定「如委任關係之消滅，有害於委任人利益之虞時，受任人或其繼承人或法定代理人在委任人..能接受委任事務前，應繼續處理其事務。」換言之，在監造建築師死亡、破產或喪失行為能力後，如其委任關係之消滅而有造成工程損害或第三人損害等，有害於委任人利益之虞時，監造建築師的繼承人或法定代理人在委任人能接受委任事務前，仍應持續執行其監造職務。但是依建築法第 13 條規定「本法所稱建築物之設計人及監造人為建築師，以依法登記開業之建築師為限」，監造建築師的繼承人或法定代理人若非依法登記開業之建築師，即無執行監造事務之法定身分，依特別法優於普通法之法律適用原則，應優先適用建築法之規定。所以，民法第 551 條之規定在委任監造事務的情形，在實務操作上幾無適用空間，顯然窒礙難行。如以保護委任人之利益觀之，本文則認為，現有建築師事務所經營型態多有聯合之情形，在其一建築師死亡、破產或喪失行為能力時，似應由同一事務所其他建築師繼續處理其事務，較能顧及委任人之利益。

⁴¹ 最高法院 62 年台上字第 1536 號判例參照

⁴² 鄭玉波，民法債編各論（下冊），三民書局，76 年 10 月，10 版，頁 450。

再則，即使民法第 551 條規定監造建築師的繼承人或法定代理人有繼續處理事務的義務，且即便監造建築師的繼承人或法定代理人具備依法登記開業之建築師的法定身分，委任人是否不得將其監造事務委任其他建築師？原受任之監造建築師的繼承人或法定代理人有無繼續處理事務之請求權？此一問題應從該繼續處理事務期間之法律性質觀之，關於該期間之法律性質，學說上有兩種見解，一是委任契約延長說，依此說見解，既然是原委任契約之延長，則監造建築師的繼承人或法定代理人即有依契約之請求權，包括報酬及處理事務之請求權；二是無因管理說，認為此時委任關係已消滅，繼續處理事務為無因管理。國內學者多以委任契約延長說為通說⁴³。但實務上則有不同見解，最高法院 58 年台上字第 2931 號判決：「祭祀公業之管理人死亡時，管理權因而消滅，蓋管理以本人之信任為基礎，信任被繼承人者，未必信任其繼承人，故管理權不得為繼承之標的。」顯見實務界並不認為該期間之法律性質為委任契約之延長，其理由在於委任契約中最重要的信任基礎已不復存在。本文以為，為平衡當事人權益及顧及信任基礎，應以委任契約延長說為當，但應作限說解釋，即當事人之契約權利義務得以延長，惟獨處理事務請求權不應包含，換言之，民法第 551 條所規定者是受任人繼續處理事務之義務，而非權利。

委任人死亡、破產或喪失行為能力的情形則稍有不同，因為所謂的信任關係，係指委任人對受任人之信任而言，受任人對委任人並無信任不信任的問題，換言之，委任之信任關係是單向的，而非雙向。所以，若依本條文義解釋，在委任人死亡、破產或喪失行為能力的情形，其委任契約當然終止，則將造成，自委任人死亡之時點，監造建築師即喪失其工程監造之職權，依此情形可能有兩種發展方向，一是因監造建築師欠缺，工程無法繼續進行致使工程停止；二是工程持續進行，監造建築師仍持續執行其監造職務。在第一種情形，工程在未為妥善安排下停止，可能造成工安事故使第三人受有損害，例如，在模板工程進行當中突然工程中止，模板欠缺良好的固定與支撐，在風吹日曬下極易崩塌造成危險，此種因委任關係消滅而有造成損害之虞的情形，顯然有害於委任人之利益，也不是委任人的繼承人或法定代理人或監造建築師所樂見，所以通常會是第二種情形，

⁴³ 鄭玉波，前揭書，頁 455 黃立主編，民法債編各論（下），元照出版公司，2004 年 9 月，初版第 2 刷，頁 262。

即依民法第 551 條規定，監造建築師在委任人的繼承人或法定代理人能接受委任事務前，仍持續執行其監造職務，使工程持續進行至某一安全狀態之段落，或委任人之繼承人或法定代理人已另覓其他監造人，已無害於委任人之利益時，受任監造建築師方得停止監造業務，至此，委任關係方得消滅。

依前所述，監造建築師在委任人死亡、破產或喪失行為能力後所執行之職務，雖未受繼承人或法定代理人之委任，但有民法第 551 條規定之繼續處理義務，與民法第 172 條規定「未受委任，並無義務」之無因管理的要件不符，所以，自監造建築師在委任人死亡、破產或喪失行為能力之始點起算，至無害於委任人利益之虞，或其繼承人或法定代理人能接受委任事務為止，監造建築師在此一期間執行監造職務之依據顯然並非無因管理，而仍應視為委任之繼續存在⁴⁴。值得注意的是，此期間存在之委任關係，並非基於當事人之約定，而係基於法律的擬制規定。準此，既然此一期間依法律規定為原委任契約之延長，則受任建築師關於委任乙節之權利義務仍應存在，只是對造當事人已變更為委任人的繼承人或法定代理人。參考最高法院 93 年台上第 2536 號判決認為：「上訴人於周有生死時，關於上訴人之賬冊文件或金錢等之保管或收付，於上訴人能接受委任事務前，為周有生繼承人之被上訴人，即應繼續處理其事務，於此範圍，委任關係繼續存在，被上訴人即有將委任事務進行之狀況，向委任人即上訴人為報告，並於委任關係終止時，且向上訴人明確報告其顛末之義務。」

在比較法上，日本民法學者岡山玄治認為受任人此種處分，並非前委任契約之繼續，然在於應即處理之事務範圍，於當事人間委任關係之繼續，有同樣的權利義務存在；末弘嚴太郎則認為此時類似無因管理，應類推適用關於無因管理之規定，受任人有費用償還請求權；通說⁴⁵則認為，前委任事務處理之繼續延長，從而委任為有償時，受任人得請求報酬。德國民法規定，在原委任範圍內視為繼續，我國民法應可為相同之解釋。

值得探討的是，若在上述期間之後，系爭工程仍繼續進行，監造建築師仍持續執行其監造職務，則監造建築師與委任人之繼承人或法定代理人

⁴⁴ 黃立主編，民法債編各論（下），元照出版公司，2004 年 9 月，初版第 2 刷，頁 103。

⁴⁵ 鳩山秀夫、末川伯、磯谷幸次郎、三瀨信三等

的關係為何？最高法院 79 年台上字第 2031 號判決，認為：「信託關係中所定受託人之權利義務，應專屬於其本身，受託人之任務因其死亡而終結時，其繼承人或繼承人之法定代理人，縱續保管信託財產，以俟委託人之請求返還，然苟無另訂信託契約，尚難認該繼承人為新受託人，得逕行使受託人之權利，而謂該繼承人與委託人間當然成立新加信託關係。」本文則認為，此時當事人間可能成立無因管理或委任契約，其差別僅在於該繼承人或法定代理人與監造建築師之間有無委任之意思表示及合意，若當事人未表示反對的意思，雙方就委任事務之處理仍繼續進行，有償委任者甚至已支付報酬，此時，應認為委任人之繼承人或法定代理人與監造建築師之間已默示成立一個新的委任契約。

第三項：委任與承攬之比較

第一款：契約終止或解除的概念

委任契約最重要的是當事人間委託處理事務的信任關係，已如前述，當其信任關係不再或基於其他事由，委任關係即難以維持且已無存在之必要⁴⁶，民法第 549 條第 1 項規定：「當事人之一方，得隨時終止委任契約。」可見，可以是任何理由，也可以不附理由，皆可隨時終止委任契約⁴⁷。惟依同條第 2 項規定：「於不利於他方之時期終止契約者，應負損害賠償責任。」承攬契約之終止與委任類似，定作人亦得隨時終止承攬契約，但承攬契約通常為繼續性契約，定作人隨時終止契約，承攬人付出之勞務將付諸東流，故定作人應賠償承攬人因契約終止而生之損害（民法第 511 條）。

關於當事人死亡、破產或喪失行為能力致契約終止之情形，委任與承攬則顯有不同。民法第 512 條第 1 項規定：「承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，如承攬人死亡或非因其過失致不能完成其約定之工作時，其契約為終止。」民法第 550 條則規定：「委任關係，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質不能消滅者，不在此限。」於此可以發現問題，若定作人死亡時，承攬契約如何？承攬人破產或喪失行為能力時又如何？法無明文。按民法第 512

⁴⁶ 楊佳元，民法債篇各論（下），黃立 主編，頁 99，元照出版社，民 91，初版。

⁴⁷ 最高法院 85 年台上字第 1864 號判決參照：「委任契約依民法第 549 條第 1 項規定，當事人之一方既得隨時終止契約，則當事人為終止之意思表示時，無論其所持理由為何，均應發生終止之效力。」

條立法理由：「蓋以此種工作，既非他人所能代為完成，自應許其解約，較為適當也」，而定作人就承攬契約僅負給付報酬、協力及受領之義務，非他人不能代替完成，故本文認為，在定作人死亡的情形，契約應有效存續，適用民法第 1148 條規定，由定作人之繼承人繼承承攬契約之債權與債務。但若定作人為法人，則法人之解散視同自然人之死亡⁴⁸，其承攬契約亦應視為當然終止。在承攬人破產或喪失行為能力的情形，承攬人顯然已經喪失繼續工作之能力。本文認為，基於委任與具專業技能之承攬契約都具相當之信任關係，當承攬人破產或喪失行為能力時，可類推適用民法第 550 條委任關係消滅之規定，承攬關係視為消滅。

民法第 492 條規定：「承攬人完成工作，應使其具備約定之品質，及無減少或減失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵。」故承攬人負有完成之物的瑕疵擔保責任，且通說認為此瑕疵擔保責任為無過失責任。因承攬人之瑕疵擔保責任，承攬人除依民法第 493、494、495 條規定有請求修補及減少報酬的權利外，並有主動解除契約之權利。又依民法第 502 條在「因可歸責於承攬人之事由，致工作不能於約定期限完成，或未定期限經過相當時期而未完成者，定作人得請求減少報酬。前項情形，如以工作於特定期限完成或交付為契約之要素者，定作人得解除契約。」另於民法第 503 條「因可歸責於承攬人之事由，遲延工作，顯可預見其不能於限期內完成者，定作人得解除契約，但以其遲延可為工作完成後解除契約之原因者為限。」此為以承攬人陷於給付遲延為基礎之法定解除權。又依民法第 506 條在「訂立契約時，僅估計報酬之概數值，如其報酬，因非可歸責於定作人之事由，超過概數甚鉅者，定作人得於工作進行中或完成後，解除契約。前項情形，工作如為建築物或土地上之工作物或為此等工作物之重大修繕者，定作人僅得請求減少相當報酬，如工作物尚未完成者，定作人得通知承攬人停止工作，並得解除契約。定作人依前二項之規定解除契約時，對於承攬人，應賠償相當之損害。」此為以估計報酬之概數不確實，致「因非可歸責於定作人之事由，超過概數甚鉅」為基礎之法定解除權⁴⁹。

民法委任一節並無關於解除契約之規定，然依契約自由原則，當事人當然得合意解除契約。另於受任人給付遲延時，委任人依民法第 254 條規

⁴⁸ 史尚寬，前揭書，頁 389。

⁴⁹ 黃茂榮，論承攬（三），植根雜誌第十二卷第三期，頁 98。

定，得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，委任人有法定解除契約權；如委任契約約定受任人應於一定期限處理事務，受任人不按照時期給付者，委任人依民法第 255 條規定，也有法定契約解除權。

值得探討的是，定作人是否得依民法第 254 條給付遲延之規定，定相當期限催告承攬人履行，而在承攬人不在期限內履行時解除契約？實務上認為，民法第 502、503 條對於以承攬人給付遲延為理由之契約解除已有特別規定，民法第 254 條關於債務人給付遲延之之一般規定即無適用之餘地。果爾，只有在定作人與承攬人間就承攬工作定有絕對期限時，定作人始得以承攬人給付遲延為理由解除契約，於契約未約定絕對期限者，倘承攬人一再遲延給付，屢催無效，定作人將因不能解除契約而毫無保障。

第二款：消滅時效

承攬人之報酬依民法第 127 條第 7 款規定，自有請求權開始，有兩年的請求權時效。定作人的瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或解除契約權等權利，依民法規定有兩種不同之消滅時效，一是依民法第 498 條規定：「如其瑕疵自工作交付一年始發見者，不得主張」是瑕疵發見之消滅時效；另一為民法第 514 條第 1 項規定權利行使期間的消滅時效，定作人之上述權利均因瑕疵發現後一年間不行使而消滅；承攬人的損害賠償請求權或解除契約權，依民法第 514 條第 2 項規定，因其原因發生後，一年間不行使而消滅。值得注意的是，定作人的「減少報酬請求權」，雖名為請求權，但該項權利一經行使，即生減少報酬之效果，應屬形成權之性質，故上開條項就定作人減少報酬請求權所定之一年期間為除斥期間⁵⁰。委任人的損害賠償請求權、第三人損害賠償請求權，受任人處理委任事務支出必要費用請求權及報酬請求權，在委任一節並無特別規定其消滅時效，故應適用民法第 125 條之一般規定，因十五年間不行使而消滅。二者請求權時效規定明顯不同。

第三款：對第三人的請求權

委任契約因基於當事人間之信任關係，故民法第 537 條規定：「受任人應自己處理委任事務。但經委任人之同意或另有習慣，或有不得已之事由

⁵⁰ 最高法院 71 年台上字第 2996 號判例參照。

者，得使第三人代為處理。」通說稱為「復委任」。復委任乃委任關係之例外情形，受任人依民法第 537 條規定復委任時，依民法第 538 條第 2 項規定：「僅就第三人之選任，及其對於第三人所為之指示負其責任。」若受任人未依民法第 537 條規定復委任時，依民法第 538 條第 1 項規定，受任人就該第三人之行為，與就自己之行為，負同一責任。委任人對於第三人關於委任事務之履行，無論該復委任有否符合民法第 537 條規定，依民法第 539 條規定，都有直接請求權。委任人與復受任人之間並無契約關係，依債之相對性原則，委任人不應對復受任人有請求權，然為保護委任人之權益，特以法律擬制規定該請求權。但本條規定屬法律任意規定，當事人仍得以契約約定排除。

承攬契約著重於工作之完成，工作未完成前，承攬人無承攬報酬請求權，所以，定作人無須對承攬人完成工作的方式或程序太過苛求。承攬人工作之一部分委由第三人在承攬者，通說稱為「次承攬」，定作人與次承攬人之間並無契約關係，原則上並無請求權。但有些專業承攬契約，甚且以法律規定承攬人必須或得次承攬。例如：營造業法第 25 條規定：「綜合營造業承攬之營繕工程或專業工程項目，除與定作人約定需自行施工者外，得交由專業營造業承攬，其轉交工程之施工責任，由原承攬之綜合營造業負責，受轉交之專業營造業並就轉交部分，負連帶責任。轉交工程之契約報備於定作人且受轉交之專業營造業已申請記載於工程承攬手冊，並經綜合營造業就轉交部分設定權利質權予受轉交專業營造業者，民法第五百十三條之抵押權及第八百十六條因添附而生之請求權，及於綜合營造業對於定作人之價金或報酬請求權。」建築法第 13 條規定：「有關建築物結構及設備等專業工程部分，除五層以下非供公眾使用之建築物外，應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工業技師辦理，建築師並負連帶責任。」

第四款：義務與責任

委任人委任受任人處理本人的事務係基於相當高的信任關係，故受任人對於處理的事務應負有相當之注意義務，但注意義務因報酬之有無而有高低之分，民法第 535 條規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」故因其注意義務之不同，無償委任負有具體輕過失責任；有償委

任則負有抽象輕過失責任。民法第 544 條且規定：「受任人因處理委任事務有過失或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償責任。」受任人為委任人處理事務，應當使委任人隨時了解事務處理之狀況，故民法第 540 條規定：「受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人，委任關係終止時，應明確報告其顛末。」另外，受任人為委任人處理事務，若有意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，依刑法第 342 條規定，尚負有五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金之刑事責任。

承攬人對於工作或工作物，依民法第 490 條規定有先完成義務及交付之義務；依民法第 493 條規定，對於瑕疵之工作有修補義務；依民法第 492 條規定有瑕疵擔保的無過失責任。在定作人供給材料之承攬契約，承攬人負有善良管理人之注意義務及抽象輕過失責任。

第五款：小結

綜合上述學說見解，承攬與委任有諸多相似性，在某些特定案例中難以區分，本文嘗試以對照的方式顯示承攬與委任在不同面向的區別如下表：

	承攬	委任
性質	完成一定工作	處理事務
酬金	有償	有償為原則，無償為例外
契約類型	有名契約 雙務契約 有償契約 不要式契約 不要物契約 勞務契約	有名契約 單務或雙務契約 有償或無償契約 不要式契約 不要物契約 勞務契約
目的性	強	弱
責任	瑕疵擔保責任 債務不履行責任	無償，具體輕過失責任 有償，抽象輕過失責任
使第三人	得次承攬	原則應自己處理事務，例外，

服勞務		得複委任，但需委任人同意。
義務	先給付義務 交付義務 瑕疵修補義務	處理事務之義務。 交付或移轉一定標的之義務。 報告義務。

第四項：契約性質判斷之考量因素

第一款：應著眼於契約本質

承攬契約之本質為「完成一定之工作」，重點在於發生定作人預期之「結果」；委任契約之本質則為「處理事務」，重點則在於受任人處理事務之「過程」。委任以受任人提供勞務為委任人處理事務為重點，承攬則無視於承攬人提供之勞務之型式或多寡，而以其結果發生為重點。舉例而言，律師受當事人委託辯護，律師之契約義務在於訴訟進行過程中，提供法律專業之勞務，代擬狀紙及代理出庭，雖然當事人期待律師能達到勝訴的結果，但勝敗之結果由法院判決，非由律師決定，故委託律師訴訟之契約為委任契約，所以如果律師在訴訟過程中已善盡訴訟代理人義務，即已盡契約義務責任，判決結果如何與律師之契約義務無關。醫師受患者委託診療，醫師的契約義務在於診療過程中，以醫學專業判斷，提供適當的醫療行為，雖然患者期待醫師能達到治癒其疾病的結果，但人體非常複雜，醫學技術則有限，最好的醫師也無法起死回生，所以如果醫師在診療過程中已善盡醫療專業上之注意及服務，即已盡契約義務，患者痊癒與否與醫師之契約義務無關。但若律師保證訴訟「包贏」，或醫師「包醫」⁵¹，其契約重點已不在提供專業勞務之「過程」而在預期「結果」之發生，則其契約性質為承攬而非委任。另外，關於委任與承攬之分辨方法，黃茂榮先生認為，事務之處理非達一定之結果以完成之，對於本人即無利益，或甚至有害的情形，其契約應定性為普通或特別承攬契約⁵²。

第二款：以「具備專業能力與否」判斷

委任契約的本質在於處理事務，故受任人通常具備為委任人處理特定事務之專業能力，自不待言。但如果僅從受託人是否具備專業能力，即判

⁵¹ 史尚寬，前揭書，頁 361。

⁵² 黃茂榮，論承攬（一），植根雜誌第十二卷第一期，頁 36。

斷其契約性質為委任與否，恐怕並不恰當，因為，有時承攬人也必須具備相當專業能力方得以承攬工作。例如政府採購法第 36 條第 2 項規定：「特殊或巨額之採購，須由具有相當經驗、實績、人力、財力、設備等之廠商始能擔任者，得另規定投標廠商之特定資格。」所以，雖然承攬契約著重工作之完成，但承攬人是否具備履行契約的專業能力，通常也是承攬契約成立的重要因素之一，例如民法第 512 條承攬一節規定：「承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，…」，以及民法第 485 條僱傭一節規定：「受僱人明示或默示保證其有特種技能者，如無此種技能時，僱用人得終止契約。」即可證明「具備專業能力與否」並不能判斷契約性質為委任。所以以具備專業能力與否作為委任契約性質的判斷依據，恐非正確。

第三款：以「給付酬金時程」判斷

民法第 490 條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」上開條文後段稱，他方俟工作完成，一方才給付報酬的規定，學者通常稱之為「後付主義」。但民法第 490 條後段的給付酬金時程的規定，並非強制規定，契約當事人仍得自行約定⁵³。舉例而言，一般工程承攬金額巨大，履約期間也很長，若必須等到工程完成，一方才給付工作報酬，絕大多數的營造廠商恐不能支持龐大的財務壓力，故一般工程契約的付款辦法都約定依工程進度比例支付相當比例之報酬，除非短期、小型工程才有可能採工作完成一次付款。故後付主義雖然是承攬契約的特徵之一，但承攬契約並不當然為後付。相對的，依民法第 547 條委任之請求報酬時期的規定「除契約另有訂定外，非於委任關係終止及為明確報告顛末後，不得請求給付」，簡言之，委任契約也採後付主義。所以，單以給付酬金時程為後付，即推論他方有先完成義務，而判斷契約性質為承攬契約，並非恰當。

值得一提的是，學者張慶宗認為一般工程契約採依進度付款的方式係依據民法第 505 條第 2 項：「工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之酬金。」的規定，而認為依工程進度分批付款仍符合後付主義的原則，本文不能表示贊同，因為上開條文係規定「工作係分部『交付』」，但一般建築工程進行，在已完成部分仍有其他工

⁵³ 史尚寬，前揭書，頁 329；林誠二，前揭書，頁 127。

項繼續施工或尚未施工，所以，已完成的部分實際上不能也無法「交付」他方，與民法第 505 條第 2 項規定的構成要件不符，尚難適用。故一般工程承攬契約「依工程進度支付一部分價金」之約定，與承攬契約「俟完成工作，給付報酬」之特性不符，該分期支付之價金核其性質，應為「融資」或「預付款」之性質，而非工程承攬之對價，換言之，若工程未全部完成前因故終止契約，則承攬人不能主張已取得之工程款為已完成工程部分之對價而拒絕返還。

第四款：以「信任關係強弱」判斷

契約雙方間的「信任關係」或稱「信賴關係」一直是學理上強調委任契約的重要特徵，在一些判決書中甚至可以見到法院直接以雙方間存在信任關係，依此判斷其契約性質為委任契約。信任關係固然是委任契約成立之特別要件，但並不表示承攬契約即不存在信任關係，或委任契約中存在的信任關係較承攬契約為強，直言之，任何形式之契約成立，無非有其相當之信任關係存在，王澤鑑教授即認為，契約關係是一種基於信賴（Vertrauen）而發生之法律上特別結合關係⁵⁴。雖然政府採購法第 36 條第 2 項關於特殊或巨額之採購，得另規定投標廠商之特定資格，但並不代表符合資格的廠商其日後即無履約的問題，該條之立法原意僅在於透過特定資格之限定，而提升對於廠商履約能力「信任」而已。故承攬契約——特別是以承攬人之技能為履約要素的承攬契約——其信任關係並不亞於委任契約，承攬人在此信任關係之下，對於定作人仍負有善良管理人的注意義務⁵⁵。所以，單就契約雙方的信任關係強弱，並不足以判斷契約性質。參考板橋地方法院 93 年簡上字第 124 號判決意旨：「建築師為專門職業人員，就建築方面具有專業教育訓練與職業能力，委託人亦因對建築師之資格、能力、專業知識對之產生信賴，從而，建築師與委託人間具有高度信賴關係，若建築師提供具瑕疵之服務，自應對委託人所受之損害負賠償責任。…按『受任人因處理委任事務有過失，對於委任人應賠償之責』…民法第 540 條定有明文，…查，丙 00 即永福建築師事務所履行契約顯有過失，其給付屬不完全給付，業如前述，自應對甲 00 因之所受損害負賠償責任。」上開

⁵⁴ 王澤鑑，民法學說與判例研究（第一冊），台大法學叢書（五），2004 年 10 月出版

⁵⁵ 林誠二，前揭書，頁 78。

判決顯示，板橋地方法院以委託人對於建築師「具有高度信賴關係」，間接認定當事人間之契約性質為委任契約，本文咸認並非恰當。

另參考台灣高等法院 95 年度建上字第 80 號判決：「系爭契約要求技術顧問機構應有具服務項目專長之專任人員，顯具信任關係，且除經委託機關之同意，受託技術顧問機構不得轉包；再依政府採購法第 39 條規定：『機關辦理採購，得依本法將其對規劃、設計、供應或履約業務之專案管理，委託廠商為之』，準此，系爭契約之性質已含有委任之法律關係。」本件法院非從契約約定為完成一定工作或處理事務判斷契約性質，而單從契約中記載提供勞務之一方應有具服務項目專長之專任人員，即推論該契約顯具信賴關係，再依此信賴關係判斷契約具委任性質，已顯有不妥；而引用政府採購法第 39 條條文，僅憑其中「委託」二字，即判斷機關辦理採購規劃、設計、供應或履約業務之專案管理契約性質為委任，更有待商榷。